

# El «bonum sacramenti» y la simulación parcial

JOSE M.<sup>o</sup> GONZALEZ DEL VALLE

1. En esta sentencia *coram* Fagliolo de 30 de octubre de 1968, el actor fundamenta su demanda de nulidad en haberse reservado formalmente, al otorgar el consentimiento matrimonial, la facultad de recurrir al divorcio civil. Su intención de divorciarse en caso de que el matrimonio no resultase bien, quedó suficientemente probada, y la sentencia declara la nulidad del matrimonio.

En toda esta causa —además de otras procesales— se barajan una serie de cuestiones cuya interrelación es conveniente precisar, para llegar a un criterio válido y coherente aplicable a las causas de nulidad por simulación parcial. Cuatro son, a mi modo de ver, los principales elementos que entran en juego en esta causa —y en general en cualquier causa en la que el *caput nullitatis* es la simulación parcial—, a saber: la teoría de los tres *bona matrimonii*, la fijación de la *species facti*, la distinción entre *ius* y *usus*

*iuris*, y la figura jurídica en la que se encuadra la *species facti*. Trataremos cada una de estas cuestiones sucesivamente en los apartados dos, tres, cuatro y cinco, para finalmente aplicar a la sentencia que comentamos algunas consideraciones generales hechas en los apartados anteriores.

2. En esta sentencia se contiene un pasaje que llama la atención por la novedad de lo que afirma. Tras citar algunas sentencias rotales en apoyo de que «ubi de bono sacramenti agitur, distinguendum non esse inter obligationem et adimpletionem eius, sicuti distinguitur ubi de bono fidei et prolis agitur —añade—; item essentialem distinctionem non admittunt inter perpetuam exclusionem omnis communionis vitae et exclusionem perpetuitatis vinculi, cum prior intime coniugatur cum altera et in casu coniuges nequeant sibi invicem potestatem in perpetuum tradere simul excludentes om-

nem vitae communionem, vel hanc tantum per aliquod tempus intendentes»<sup>1</sup>.

Llama la atención la afirmación de que no es posible una distinción entre la perpetua exclusión de la comunidad de vida y la exclusión de la perpetuidad del vínculo, porque en las sentencias alegadas no se contiene esa afirmación explícitamente y porque la mayoría de los autores anteriores al Concilio Vaticano II distinguen, a propósito de la relevancia del consentimiento otorgado, ambos conceptos. «Non subscribimus eorum opinioni —afirma Gasparri—, qui censent deesse etiam substantiam matrimonii, si, salvo hoc iure (el *ius in corpus*), desit consensus in communionem tori, mensae, habitationis: nam haec non est matrimonii obiectum essentiale»<sup>2</sup>. No es que Gasparri considere que el divorcio nada tenga que ver con la *individua vitae consuetudo*. En su concepción ésta está integrada por el *ius in corpus ad actus per se aptos ad prolis generationem* y por la *communio tori, mensae et habitationis*. El divorcio pleno afecta a

ambos, mientras el divorcio semipleno o separación se refiere sólo al lecho, mesa y habitación; pero para la validez del consentimiento basta que recaiga sobre el *ius in corpus*<sup>3</sup>.

Este punto de vista —fruto de una tajante distinción entre matrimonio *in fieri* y matrimonio *in facto esse*— es mayoritario. Sin embargo, no faltan autores de peso que apoyan una opinión contraria. Entre los que favorecen la esencialidad de la cohabitación hay que nombrar desde luego a los partidarios de la teoría del consentimiento, como a Hugo de San Víctor<sup>4</sup> y Pedro Lombardo<sup>5</sup>. Graciano, en un canon tomado —a juicio de los correctores romanos— de varias obras de San Agustín, especialmente de su tratado sobre la virginidad, escribe: «Consensus ergo cohabitandi et individuum vitae consuetudinem retinendi interueniens eos coniuges facit»<sup>6</sup>. Sánchez, junto con Pedro Ledesma, considera la cohabitación parte de la esencia del matrimonio, hasta el punto de que el pacto de nunca cohabitar anula el matrimonio *in fieri*<sup>7</sup>. También

1. In iure, 6.

2. *Tractatus de matrimonio*, n. 8; 3.<sup>a</sup> ed., Ciudad del Vaticano, 1932, vol. 2, p. 16.

3. Ibid., n. 1083, vol. 2, p. 174; vid. también ibid. n. 6, vol. 1, p. 15.

4. Cfr. *De sacramentis*, 2, 11, 5; ML 176, 485-488; *De Beatae Mariae Virginitate*, prol.; ML 176, 859.

5. *Sententiarum libri quatuor*, 1. 4, D. 28, n. 3; ML 192, 915.

6. C. 27, q. 2, c. 3, § 1.

7. *De sancto matrimonii sacramento*, lib. 5, disp. 10, n. 4. Al hablar de la esencia del matrimonio es imprescindible tener en cuenta la distinción que la filosofía escolástica establece entre *essentia physica* y *essentia metaphysica*. Por esencia física se entiende la suma de perfecciones propias de un ser; en este sentido cabe distinguir en cada ser, lo que pertenece a su *esencia* y lo que pertenece a su *integridad*. La *esencia* es aquello que pertenece al *esse* de un ser y sin lo cual no puede existir. En el *esentido* se dice, por ejemplo, que el cerebro es esencial en el hombre,

porque sin él no puede *essere*; en cambio, las manos pertenecen sólo a su *integridad*, ya que puede *essere* sin ellas: se refieren al *melius esse*. Esta distinción no tiene sentido respecto a la *essentia metaphysica*, por lo que se entiende aquello que es raíz de todo lo demás que se concibe de la cosa: en este sentido se dice que la esencia del hombre es ser animal racional. Hace Sánchez la siguiente rotunda afirmación: «Nec est quidditas matrimonii mutua corporum traditio: quia illa transit matrimonio permanente. Nec mutua obligatio et subiecto ad reddendum debitum. Haec enim alterius adulterio vel ingressu religionis communi consensu cessant manente matrimonii consummati vinculo. Consistit ergo essentia matrimonii seu matrimonium ipsum in vinculo illo quo formaliter sunt coniuges uniti quod oritur ex mutua traditione». Ibid. lib. 2, disp. 1, nn. 5-6. Indudablemente este párrafo de Sánchez se refiere a la *essentia metaphysica*; tanto porque emplea *essentia* como sinónimo de *quidditas*, como por el mismo contexto en que se mueve: trata de poner de relieve por qué el matrimonio es



Bender<sup>8</sup>, Hervada<sup>9</sup>, Alexander Szentirmai<sup>10</sup> y De la Hera han subrayado más recientemente la esencialidad de la cohabitación, si bien este último autor considera la exclusión del derecho a cohabitar integrable en el *caput nullitatis* «intentio contra bonum proles»<sup>11</sup>, habida cuenta de la relevancia que tiene la cohabitación para el ejercicio del *ius in corpus*. Considera De la Hera que el hecho de que la separación de lecho, mesa y habitación no destruya el vínculo matrimonial no lleva consigo que no pertenezca a la esencia del matrimonio, ya que también el *ius in corpus* puede cesar por múltiples motivos —impotencia sobrevenida, recepción de órdenes sagradas o entrada en religión por parte de un cónyuge— sin que por ello se considere roto el vínculo. En el caso de

la impotencia sobrevenida es el *ius in corpus* únicamente lo que se suspende, y finalmente en la separación de lecho, mesa y habitación también el *ius in corpus* queda suspendido. En consecuencia, debe entenderse que en ambos casos lo que se suspende es el contenido de la relación matrimonial, resultando arbitrario afirmar que en el caso del *ius in corpus* permanece un *ius radicale*, no sucediendo lo mismo respecto al *ius cohabitationis*. Es más, De la Hera llega a afirmar que no basta que los cónyuges no pongan obstáculos a la indisolubilidad, sino que es necesario que consientan positivamente en ella: «las personas que van a contraer nupcias han de tener la *intentio indissolubilitatis*, la intención de casarse para toda la vida, o de lo contrario no expresan el verdadero amor matrimonial, no ha-

matrimonio y no otra cosa. No se debe mezclar el párrafo anteriormente transcrito donde Sánchez habla de la esencia metafísica del matrimonio, con el párrafo en que habla de la esencialidad de la cohabitación en el consentimiento («si sit pactum de non cohabitando ad tempus, non vitiaere matrimonium, secus si pactum, nunquam cohabitandi», o. c., lib. 5, disp. 10, n. 4), pues éste se refiere a la esencia física del matrimonio *in fieri*, y al respecto Sánchez dice sin ambages que el pacto de nunca cohabitar vicia el consentimiento. No puede entenderse que Sánchez lo considere propio simplemente de la integridad, pues en tal caso no lo viciaría: la cohabitación vendría considerada sólo como perteneciente al *melius esse* del consentimiento. Sobre la esencia del matrimonio en Sánchez vid. también o. c., lib. 5, disp. 9, n. 3. Es indudable, por otro lado, que es de la esencia física de la que se habla, cuando Gasparri, o cualquier otro autor, se expresa en estos términos: «ius et obligationem ad hanc vitae communionem pertinere ad integritatem potius quam ad essentiam matrimonii alias diximus; ideoque valere matrimonium cum pacto non habitandi in eadem domo, eademque mensa et toro non utendi, in matrimonio conscientiae, de quo n. 1052 seq., salvo utriusque parti iure coniugali» (*Tractatus...*, cit., n. 1105, vol. 2, p. 189). Lo que se pone en tela de juicio no es la esencia metafísica del matrimonio *in fieri*, sino si con ese pacto de nunca cohabitar puede haber matrimonio. Pese a que Gasparri se enfrenta formalmente con quienes opinan que el pacto de no

cohabitar vicia el consentimiento, entiendo que no hay una diferencia profunda entre ambas posiciones. Todo depende de lo que se entienda por *pacto de no cohabitar*. Si por esto se entiende la mera trilogía *mesa, lecho y habitación*, hay que dar la razón a Gasparri, pues en efecto, faltan esos elementos en el consentimiento que se otorga en algunos casos de matrimonio de conciencia. Pero, a mi modo de ver —y entiendo que ése es el pensamiento de los autores que defienden la esencialidad de la cohabitación—, quienes reivindican su esencialidad parten de que esa trilogía simplemente expresa la relevancia sociológica del *consortium omnis vitae*, y entienden por cohabitación una multiplicidad de elementos —amor, compenetración, cooperación mutua, etc.— de los cuales la comunidad de mesa, lecho y habitación es sólo su expresión más característica y sobre todo relevante a efectos de divorcio parcial.

8. THEODORUS VLAMING-LUDOVICUS BENDER, *Praelectiones iuris matrimonii*, 4.<sup>a</sup> ed., Bussum in Hollandia, 1950, p. 8.

9. *Los fines del matrimonio*, Pamplona, 1960, pp. 165-169; *El matrimonio "in facto esse", su estructura jurídica*, en IUS CANONICUM, 1 (1961), pp. 162-169.

10. *Quaestiones de simulatione matrimonii partiali in iure canonico*, en «Il diritto ecclesiastico» (1962), pp. 43-56.

11. *Relevancia jurídico-canónica de la cohabitación conyugal*, Pamplona, 1966, p. 181.

cen pasar al plano jurídico la inclinación natural al matrimonio»<sup>12</sup>. Antonio Arza establece a modo de hipótesis una apreciación similar, si bien desde el punto de vista del conocimiento requerido para prestar consentimiento válido: «haec communitas vitae quae intenderetur, non solum contineret ius ad quandam activitatem specialem humanam, nempe sexualem, in ordine al procreationem filiorum, praeditam determinatis qualitatibus, indissolubilitas, etc., sed etiam comprehenderet alias activitates humanas, quae etiam tamquam obiectum intenderentur vel intendi debeant in ipso consensu»<sup>13</sup>.

Favorece, finalmente, la valoración de la cohabitación como parte esencial del matrimonio el n. 48 de la *Gaudium et Spes*, donde leemos: «Intima communitas vitae et amoris coniugalís, a Creatore condita suisque legibus instructa, foedere coniugii seu irrevocabili consensu personali instauratur». Esta íntima comunidad de vida y de amor conyugal puesta en relación con el personal consentimiento que da lugar al matrimonio, hace muy difícil de marginar la relevancia de la cohabitación en el matrimonio *in fieri*. En base a este texto conciliar la doctrina canónica ha revisado sus puntos de vista respecto al tema de la esencia del matrimonio. Es ilustrativa al respecto la polémica a la que aluden estas palabras de Alexander Szentirmai «Nunc iam ad controversiam de obiecto consensus matrimonialis gressum

facimus. Id, secundum cl. mum *Robleda*, in iure ad corpus consistit; vitae communio, unio animorum, ait, *comitantur seu potius consequuntur ipsa rei natura ius illud. Iuxta eius mentem, ius ad corpus est principale quid, propter quod reliqua dantur. (...) At in ordine naturae non fit passus ab unionem corporum ad unionem animorum, sed e contra: intima vitae societas inter virum mulieremque necessario ad intimam corporum unionem ducit*»<sup>14</sup>. Salvatore Lener ha revisado la valoración del pensamiento de Santo Tomás, poniendo de relieve, principalmente en base a Suppl. q. 48, que el Aquinate, lejos de favorecer la teoría de la esencialidad del *ius in corpus*, afirma que el matrimonio «non è essenzialmente la stessa congiunzione carnale, bensì una certa associazione del marito e della moglie in ordine a tale congiunzione (ed ad altri uffici propri dei coniugi), secondo la quale viene conferita ad essi la mutua potestà all'unione carnale»<sup>15</sup>. Gustave Leclercq propone incluso dar rango legal a la nueva teoría: «Notre insistance sur la nécessité d'une donation personnelle, mutuelle, dirigée vers l'instauration d'une communauté de vie et d'amour comme condition de l'existence du signe sacramentel nous porte à suggérer que dans la nouvelle codification du droit canonique, une telle volonté de donation soit exprimée de manière explicite comme entrant dans l'objet essentiel du consentement matrimonial»<sup>16</sup>.

12. *Consensus in indissolubilitatem*, en "Acta conventus internationalis canonistarum Romae 1968 celebrati", Roma, 1970, p. 568.

13. *De obiecto consensu matrimonialis iuridice considerati*, en *ibid.* p. 551.

14. *Matrimonium non est contractus*, en "Revista Española de Derecho Canónico", 20 (1965), pp. 160-161.

15. *Consensus, istituzione naturale ed amore nel ma-*

*trimonio*, en "La Civiltà Cattolica" (1969), vol. 2, p. 557; vid. también *Matrimonio e amore coniugale nella "Gaudium et Spes"* e nella "*Humanae vitae*", en *ibid.*, pp. 22-33; *L'amore, la dignità di persona e l'indissolubilità del matrimonio*, en *ibid.*, vol. 1, pp. 319-332; *L'oggetto del consenso e l'amore nel matrimonio*, en "*L'amore coniugale*", Roma, 1971, pp. 125-177.

16. *Consentiment matrimonial et réalité sacramen-*



La teoría de la esencialidad del *ius in corpus* cuenta todavía con el apoyo de Fedele, según el cual «anche dopo la *Gaudium et spes* soltanto nell'*ordinatio ad prolem*, nella *prole in suo principio*, consiste l'essenza del matrimonio, e al di fuori della sua mancanza, per difetto di volontà o di capacità dei nubenti, null'altro è giuridicamente rilevante»<sup>17</sup>.

El ponente de la sentencia que comentamos, está situado dentro de la nueva concepción. Ha escrito: «Sembra —dico sembra perchè intendo più aprire il problema che risolverlo— che il Concilio non abbia ritenuto per definitiva la dottrina dominante negli ultimi decenni, accettando senz'altro come sicura la derivazione dello *ius ad consortium omnis vitae* dallo *ius ad coniugales actus per se aptos ad prolis generationem*. Ha visto sì nel matrimonio e nell'amore coniugale un'*ordinatio ad prolem*, ma sembra che non abbia inteso dare ad esso quel valore che aveva nella precedente canonistica. Pare che abbia voluto scindere il problema in ben due distinte questioni: quella della essenza e quella del fine. Con un senso più profondo e una visione più reale della complessa natura dell'istituto matrimoniale, ha visto l'intima e *prima ratio* del matrimonio nella *communitas vitae et amoris*»<sup>18</sup>.

Invoca Fagliolo en apoyo de la nueva co-

rriente el Catecismo romano<sup>19</sup>, a San Buenaventura<sup>20</sup>, a quien cita profusamente en nuestra sentencia, junto con toda una corriente de la escuela franciscana, y a San Alfonso.

«Nella intima communione di vita e d'amore —escribe en otro lugar— è insita altresì l'esigenza e la ragione dell'indissolubilità: in quanto mutua donazione di due persone, il matrimonio —argomenta la costituzione— esige —anche a prescindere dai figli— l'indissolubile unità. La valorizzazione dell'amore coniugale lungi dall'offrire un argomento a fovare del divorzio conduce ad una maggiore comprensione delle proprietà essenziali del matrimonio»<sup>21</sup>. Si la importancia del amor conyugal acentúa la indisolubilidad es precisamente porque no se centra necesariamente en los hijos, que pueden faltar. «In proponenda certissima doctrina de indissolubilitate matrimoniorum sterilium —escribe Zalba— ratio repeti videtur ex eo quod amor inter coniuges illos possibilis est; unde permanere debet eorum coniugium. In prioribus documentis, v. gr. quando contra Doms et alios argumentatum fuit insistendi traditioni saeculorum, ratio potius repetebatur ex eo quod institutum matrimonii, naturali sua indole ad procreationem ordinatum, requirit ut quaelibet matrimonia, etiam sterilia, indissolubiliter per-

talle, en «Salesianum», 21 (1969), p. 42. Vid. también *De consensu matrimoniali sub aspectu theologico*, en «Acta conventus internationalis canonistarum Romae 1968 ceelbrati», Roma, 1970, pp. 481-502.

17. L'*ordinatio ad prolem*» e i fini del matrimonio con particolare riferimento alla costituzione «*Gaudium et spes*» del Concilio ecumenico Vaticano II, en «Riunioni culturali giuridico-religiose», Romae, 1967, fasc. 1, p. 20; vid. también *Ancora sull'ordinatio ad prolem*» e i fini del matrimonio, en *ibid.*, fasc. 2, pp. 12 y ss.

18. *Essenza e fini del matrimonio secondo la costitu-*

*zione pastorale «Gaudium et spes», del Vaticano II*, en «*Ephemerides Iuris Canonici*», 23 (1967), p. 181.

19. Cfr. 8, 13, 15, 17.

20. Cfr. In IV Sent., D. 26, a. 2, q. 3; D. 31, a. 1, q. 2 c y ad 4; D. 27, dud. 1; D. 31, a. 1, q. 3; vid. también VINCENZO FAGLIOLO, *Formazione ed essenza del matrimonio nella dottrina di S. Bonaventura*, en «*Ephemerides Iuris Canonici*», 12 (1956), pp. 3-40.

21. *Divorzio e indissolubilità matrimoniale*, en «*La Famiglia italiana*», marzo-junio de 1967, separata, p. 10.

*maneat in beneficium et propter necessitatem institutionis»*<sup>22</sup>.

El amor conyugal —aunque las incluya— no puede entenderse reducido a las meras relaciones carnales; se expresa también en ese consorcio de vida que la trilogía *lecho, mesa y habitación* designa, aunque muy imperfectamente, pues la expresión está acunada como gradatoria de la separación conyugal y no para expresar todo su contenido. «La indisolubilidad —escribe Alberto de la Hera— arranca de que el amor matrimonial, por su esencia es perpetuo. El equilibrio entre dos personalidades —sobre la base de la distinción y la atracción sexual— o es para toda la vida o no se explica de manera suficiente. Esto es lo que hace que la comunidad de mesa, lecho y habitación, a que tan aficionados han sido durante tantos años los canonistas al describir el matrimonio *in facto esse*, sean en realidad elementos tan secundarios en comparación con otros que integran la auténtica comunidad de vida»<sup>23</sup>.

Esta relevancia de la *cohabitación* como especificativa del *bonum sacramenti* aparece igualmente en San Agustín, que en este caso no se trata de un Santo Padre más, sino del autor de la teoría de los *bona matrimonii*. «Generationis itaque causa fieri nuptias Apostolus ita testis est: *Volo*, inquit, *juno- res nubere*. Et quasi diceretur, *Ut quid?* continuo subiecit, *filios procreare, matresfamilias esse*<sup>24</sup>. Ad fidem autem castitatis illud pertinet: *Uxor non habet potestatem corporis sui, sed mulier*. Ad Sacramenti sanctitatem illud: *Uxorem a viro non discedere*;

*quod si discesserit, manere innuptam, aut viro suo reconciliari: et vir uxorem non dimittat*. Haec omnia bona sunt, proles, fides, Sacramentum»<sup>25</sup>.

Pues bien, estas dos posiciones respecto a la esencialidad de la cohabitación en el matrimonio tienen su repercusión respecto a la exclusión del *bonum sacramenti*. Para quienes comparten el punto de vista de Sánchez, el pacto de no cohabitar nunca, lesiona un bien del matrimonio. En cambio, para quienes con Gasparri consideran que la cohabitación no es parte esencial del matrimonio, entienden que su exclusión no vicia el consentimiento matrimonial, toda vez que tampoco es objeto esencial del consentimiento.

Queda claro que para quienes sostienen el primer punto de vista el *bonum sacramenti* posee un correlato obligacional específico: la cohabitación, por la que se entiende esa «intima communitas vitae et amoris coniugalis», que el *ius in corpus* no lleva necesariamente consigo. El *bonum fidei* posee otro correlato obligacional específico: la fidelidad, a la que se falta con el adulterio, mas no por ejemplo con el abandono malicioso. ¿Cuál es, entonces, el correlato obligacional del *bonum sacramenti* para quienes entienden que la exclusión de la cohabitación no vicia el consentimiento? La perpetuidad en el tiempo. «L'esclusione della indissolubilità (*intentio contra bonum sacramenti*) —puntualiza Graziani— consiste e si esaurisce nella prefissione di un termine *ad quem*, o nell'apposizione di una condizione risolutiva alle due obbligazioni (*fidem servandi e debitum reddendi*) essenziali del matri-

22. *De dignitate matrimonii et familiae fovenda*, en «De Concilio oecumenico Vatiacno II studia», Roma, 1966, p. 254.

23. *Consensus...* cit., p. 567.

24. I. Tim. V, 14.

25. *De bono coniugali*, 24; vid. también *ibid.*, 2-4, *De gratia Christi et de peccato originali*, 2, 34.



monio»<sup>26</sup>. Mas como señala Scheuermann perpetuidad e indisolubilidad son términos que no pueden confundirse. Un concubinato puede ser perpetuo, mas no por ello puede considerarse indisoluble: «Manche haben, durchaus richtig, behauptet, das *permanens* nicht gleichzusetzen sei mit *indissolubilis* und wollen *permanens* gleichsetzen mit *irgendwie auf längere Zeit berechnet*. Wenn man diesen Begriff so versteht, dann ist jedes Konkubinat irgendwie *permanens*. *Permanens* bedeutet *stabilis natura sua* (SRR 21-3-1936, n. 2, vol. 28, p. 182 ff.). Die Ehegemeinschaft muss als eine nicht widerrufliche (SRR 13-7-1946, n. 2, vol. 38, p. 361), als eine keineswegs vorübergehende oder vorläufige Gemeinschaft verstanden werden (SRR 14-3-1935, n. 5, vol. 27, p. 136)<sup>27</sup>. Según el punto de vista en el que el correlato obligacional del *bonum sacramenti* es la perpetuidad de la *fides* y del *ius in corpus*, no puede establecerse una distinción entre exclusión del *bonum sacramenti* y los otros dos *bona matrimonii*, porque toda exclusión del *ius in corpus* o de la *fides* implica una exclusión de su perpetui-

dad<sup>28</sup>. Esta fusión del *bonum sacramenti* con los otros dos *bona matrimonii* no constituye algo sorprendente para quienes, como Graziani, al haber identificado el fin primario del matrimonio con el *ius ad actus coniugales per se aptos ad prolis generationem*, tampoco les resulta posible distinguir entre *bonum prolis* y *bonum fidei*. Pero en vez de revisar sus puntos de vista, al percibir que no ha logrado distinguir adecuadamente los *bona matrimonii*, opta Graziani por desarrollar la brillante teoría de que no son distinguibles. «Questa interdependenza tra i tre elementi costitutivi dello *jus in corpus* —per cui non si dà *jus exclusivum* che non sia perpetuo, nè *jus ad coniugalem actum* che non sia insieme e perpetuo ed esclusivo— rende talora non perfettamente distinguibile l'esclusione della fedeltà in se stessa e l'esclusione del diritto agli atti coniugali e la limitazione temporanea di questo diritto»<sup>29</sup>. Esta dificultad en distinguir los tres *bona matrimonii* no nace, sin embargo, a mi entender, del supuesto axioma de que no sean distinguibles, sino de los discutibles postulados doctrinales de que el autor

26. *Volontà attuale e volontà precettiva nel negozio matrimoniale canonico*, Milán, 1965, p. 196.

27. *Der Ehwille der Nichtkatholiken und der nicht-praktizieren den Katholiken*, en «Oesterreichisches Archiv für Kirchenrecht» (1958), 9, pp. 284-285; vid. también *Die irrthümliche Eheauffassung*, en *ibid.*, 17 (1966), p. 176.

28. La raíz de esta posición consiste en identificar indisolubilidad con perpetuidad en el tiempo. Sin embargo, tal identificación no es posible. Lo que carece de existencia temporal no puede durar en el tiempo, ni en consecuencia ser perpetuo. En este sentido lo metafísicamente esencial no dura, pues no pertenece al ámbito de la temporalidad. No puede decirse, con propiedad, que el teorema de Pitágoras dura perpetuamente, porque no es una realidad existencial, sino una proposición lógica. A lo más puede decirse que perdura su admisibilidad, lo cual es existencial. Pero en cuanto tal está en la línea de lo verdadero o de

lo falso —la línea de la esencia— y no en la línea de lo existente o inexistente, que es la propia de la perpetuidad en el tiempo. Pues bien, cuando se dice que el matrimonio posee algunas propiedades esenciales —unidad e indisolubilidad— no se está afirmando que el vínculo matrimonial sea perpetuo en el tiempo, prueba de ello es que se acaba con la muerte, sino que mientras hay matrimonio hay indisolubilidad. Mas si por indisolubilidad se entiende perpetuidad en el tiempo sólo puede concebirse como propiedad de una realidad existencial capaz de duración temporal: los actos *per se aptos ad prolis generationem* o la *servatio fidei*. Pero entonces la indisolubilidad ya no es propiedad esencial del matrimonio, sino algo que puede o no acompañarle.

29. O. c., l. c. Sin embargo, en otro pasaje entiende que se debe distinguir, cfr. *Riserva di divorzio ed esclusione dell'indissolubilità del matrimonio*, en «Il diritto ecclesiastico» (1943), p. 57.

parte. Si, como Hervada ha preconizado<sup>30</sup>, entendemos que el fin primario del matrimonio no se agota ni se identifica con el *ius ad actus coniugales per se aptos ad proles generationem*, estamos en condiciones de no identificar *bonum sacramenti* y *bonum fidei*. Y en efecto, esa distinción entre fin primario y *ius in corpus* viene avalada precisamente por el hecho de que ciertos atentados contra el *bonum proles* —como el pacto de efectuar prácticas abortivas— dejan intacto el *ius in corpus*.

Giacchi, con su fina sensibilidad jurídica, se ha hecho cargo, al tratar de esta cuestión, de que un «problema, di grande portata pratica, riguarda il contenuto della *intentio contra bonum sacramenti*»<sup>31</sup>. Analiza Giacchi varios criterios jurisprudenciales, sobre los que tendremos ocasión de tratar, en los que se parte de un determinado concepto de indisolubilidad, a propósito de la exclusión del *bonum sacramenti*. Después de rechazar por motivos diversos cada uno de esos criterios, concluye: «Ciò che è invece decisivo per determinare se vi sia *intentio contra bonum sacramenti* è accertare che il nubente abbia escluso il *consortium omnis vitae*, la cui instaurazione dà luogo al rapporto matrimoniale nella sua essenza. (...) Mentre al nubente è dato far sì che effettivamente il matrimonio sia violato quanto al *bonum fidei* attraverso l'infedeltà, o sia reso vano quanto al *bonum proles* attraver-

so la voluta mancanza di atti per se procreativi nulla gli è possibile fare circa il *bonum sacramenti*, che rimane indipendentemente dalla sua azione; mentre ciò che è possibile fare il nubente è soltanto escludere la *communio vitae*»<sup>32</sup>.

A nuestro entender, la sensibilidad jurídica de Giacchi le ha hecho percatarse del problema del contenido obligacional del *bonum sacramenti*, e incluso ha señalado exactamente cuál es ese contenido —el *consortium omnis vitae*—, lo cual explica que se anulen matrimonios en los que como —en la sentencia que comentamos— lo único que se prueba es la voluntad de recurrir al divorcio civil, *si casus eveniat*. Sin embargo, incide en el error que ya anteriormente hemos señalado<sup>33</sup>, de entender por *consortium omnis vitae* la perpetuidad en el tiempo de los otros dos *bona matrimonii*, con lo que no logra dar un contenido específico al *bonum sacramenti*, al que considera *elemento formale*<sup>34</sup>. Por este motivo no logra superar la doctrina que combate, pues conceptualiza la exclusión del *bonum sacramenti* como la exclusión de algo metafísicamente esencial en el matrimonio, consideración que está en la raíz de la posición que critica.

3. Según una sentencia coram Massimi de 30 de diciembre de 1927<sup>35</sup> resulta axiomático que quien tiene intención de recurrir al divorcio civil excluye la indisolubilidad, por-

30. *El matrimonio "in facto esse"*..., cit., p. 68.

31. *Il consenso nel matrimonio canonico*, 3.<sup>a</sup> ed., enteramente rehecha, Milán, 1968, p. 138. En esta edición se repiten, incluso textualmente las ideas que a este propósito había desarrollado en *Sulla esclusione della indissolubilità nel matrimonio*, en "Rivista del diritto matrimoniale e dello stato delle persone", 1 (1958), pp. 1-9.

32. *Ibid.*, pp. 147-148.

33. Cfr. nota 28.

34. *Il consenso*..., cit., pp. 145, 353 y passim. Vid. *Sulla essenza del matrimonio*, en "Ius" (1950), especialmente pp. 39-41, donde aparece claramente que Giacchi refiere siempre el "*consortium omnis vitae*" al "*ius in corpus*". Vid. también *Del consenso matrimoniale sotto l'aspetto giuridico*, en "Acta congressus internationalis Romae 1966 celebrati", Roma, 1970, p. 511.

35. SRR, Dec. vol. 19, dec. 61, n. 2, p. 549.



que hay que presumir que quiere el divorcio para contraer nuevo matrimonio. Sin embargo, tal sentencia es expresamente desautorizada por otra *coram Pecorari*, de 21 de diciembre de 1937, «quia adserta praesumptio certo fundamento caret; nihil enim vetat, quominus quis, praecipue si bonus catholicus sit, divortium civile intendat tantum ad sese, data necessitate vel opportunitate, liberandum ab oneribus per civilem legem civili matrimonio adnexis, quin de aliis nuptiis contrahendis cogitet»<sup>36</sup>.

Prescindiendo en este momento de la admisibilidad de la presunción —y si en virtud de una presunción es aplicable el c. 1086, § 2—, lo que queda claro en el criterio jurisprudencial favorable a la declaración de nulidad es que si la voluntad de recurrir al divorcio civil favorece la declaración de nulidad lo es en cuanto se opone al *bonum fidei*: presunción de contraer nuevo matrimonio. En consecuencia, para considerar excluido el *bonum sacramenti*, hay que presumir excluido algún otro bien del matrimonio, pues si no se atribuye al *bonum sacramenti* un correlato obligacional específico, la perpetuidad que se considera violada no puede ser otra que la perpetuidad de la *fides* o del *ius in corpus*.

Sin embargo, no faltan sentencias rotales que contemplan la posibilidad de oponerse al simple carácter indisoluble del matrimonio, independientemente del correlato obligacional. De ahí que haya que distinguir entre la *voluntas divortandi* y la voluntad de contraer un matrimonio soluble mediante divorcio<sup>37</sup>. En efecto, alguien puede —si-

guiendo la citada sentencia *coram Pecorari*— querer divorciarse civilmente, y sin embargo, querer contraer matrimonio canónico indisoluble. E inversamente alguien puede querer contraer matrimonio disoluble —hipótesis muy posible en el caso de los protestantes que generalmente lo juzgan soluble— y, sin embargo, querer firmemente no divorciarse nunca.

Se trata de dos *species facti* diferentes, que afectan de diversa manera a los *bona matrimonii*. La *voluntas divortandi* no afecta de suyo a los *bona matrimonii*. Alguien puede reservarse la facultad de recurrir al divorcio civil, en caso de adulterio del otro cónyuge, a modo de separación perpetua por propia autoridad, en cuyo caso, en modo alguno puede entenderse excluida la indisolubilidad. La simple intención de recurrir al divorcio civil no afecta *a priori* a la indisolubilidad, ni la legislación canónica le presta atención alguna a propósito de la exclusión del *bonum sacramenti*. La voluntad de recurrir al divorcio civil sólo puede interpretarse como una presunción respecto al *bonum sacramenti*; pero la jurisprudencia no sigue un criterio unitario. Hay una línea marcada por el Santo Oficio que considera la necesidad de atender a las costumbres vigentes en el país, para presumir que se quiso —incluso tratándose de católicos ignorantes— contraer según esas costumbres: «fieri potest ut talis adsit communis et fere universalis persuasio, vi cuius retineatur matrimonialium contractuum non nisi temporaneum et conditionatum esse, neque aliter nisi sub haec ratione contrahatur»<sup>38</sup>.

36. Ibid., vol. 29, dec. 78, n. 3, p. 775.

37. Cfr. B. PELLEGRINI, *De intentione bono sacramenti adversa ejusmodi probatione in iudicio ad normam can. 1086*, en «Jus Pontificium», 10 (1930), p. 56.

38. S. C. Santo Oficio, Instrucción, 24 de enero de

1877, Gasparri-Serédi, *Fontes* vol. 4, n. 1050, pp. 373-374; cfr. ibid. Instrucción, 6 de abril de 1843, n. 894, p. 171; Instrucción de 20 de junio de 1866, n. 994, ad 25, pp. 286 ss.; 11-III-1868, n. 10005, pp. 311 y ss.

Tratándose de un católico mínimamente formado, no ha de presumirse la exclusión del *bonum sacramenti*. Apoyan este criterio algunas sentencias rotales algo antiguas: una *coram* Mori, de 17 de marzo de 1909<sup>39</sup>, que es traída a colación por otra *coram* Sollieri de 16 de junio de 1927, con estas palabras: «Voluntas autem faciendi divortium civile, nempe iuxta civiles leges ubi Status civilis, etiamsi contra ius divinum, divortium admittit, non reddit nullum matrimonium, quia civile divortium vinculum matrimoniale, quod iuri divino innititur, non tangit. Si quis proinde dum contrahit matrimonium sibi divortium reservat, in casu quo matrimonium malum exitum habeat, *non statim dicendum est eum nulliter contraxisse*. Nam videndum est, an contrahens voluerit voluntate prevalente *verum* matrimonium contrahere sicuti a Christo Domino institutum est, necne. Profecto si contrahens fidem catholicam habeat, praesumendum est, nisi constet de contrario, eum *voluisse* contrahere matrimonium *sacramentum*, et hinc indissolubile, uti a Christo Domino institutum est». El mismo criterio recogen otra sentencia *coram* Jullien de 27 de enero de 1930<sup>40</sup> que invoca el *favor iuris* en pro de la presunción, otra *coram* Manucci de 10 de

agosto de 1929<sup>41</sup>, la citada sentencia *coram* Pecorari, pero no la *coram* Wynen de 10 de junio de 1937, que rechaza expresamente tal criterio<sup>42</sup>, y otra *coram* Caiazzo de 1938<sup>43</sup>.

Este criterio, según asegura Graziani<sup>44</sup> ya no se acoge en la jurisprudencia y es sólo un inútil argumento alegado rutinariamente por el defensor del vínculo. La jurisprudencia más reciente establece exactamente la presunción contraria: más fácilmente se presume que tuvo lugar el acto positivo contra la indisolubilidad en los católicos que en los no católicos. «Si agatur vero de catholicis, viventibus inter catholicos, nequit eos latere indissolubilitas, tanquam essentialis coniugii proprietates. Proinde si iidem propositum divertendi panderit, non iam errore inficiuntur sed voluntatem perversam manifestant»<sup>45</sup>.

Entre estos dos criterios hay alguno intermedio. Así, una sentencia *coram* Quattrocchio de 20 de julio de 1937, matiza: «Neque officit, prouti haud semel retentum est ab H. S. O., quod in genere qui ius divortii sibi reservat, omne vinculum solvere intendit. Praesumptio enim, cui haec doctrina innititur, veritati cedit et contrariam probationem admittit; quam in casu cum ex

39. SRR Dec. vol. 2, dec. 12, p. 112.

40. Ibid., vol. 22, dec. 5, n. 3, p. 57.

41. Ibid., vol. 21, dec. 51, n. 3, p. 427.

42. Esta sentencia admite la posibilidad teórica de que alguien contraiga matrimonio cristiano y por tanto indisoluble a pesar de la voluntad de divorciarse, pero entiende que hay que presumir la voluntad de excluir la indisolubilidad, *ibid.*, vol. 31, dec. 40, nn. 3 y 5, pp. 392-393. Carece, pues, de fundamento jurisprudencial la afirmación de HEINRICH FLATTEN de que "Die Ansicht, sich später scheiden zu lassen, ist mit dem Ausschluss der Unauflöslichkeit der Ehe identisch", *Ehenichtigkeit bei Vorbehalt gegen die Unauflöslichkeit der Ehe oder gegen den Kindersegen*,

en "Oesterreichisches Archiv für Kirchenrecht" 6 (1955), p. 15. La jurisprudencia sólo interpreta la voluntad de divorciarse civilmente como una presunción pero no la identifica con la exclusión del *bonum sacramenti*, de otro modo sólo sería posible esta exclusión en los países con divorcio civil.

43. Ibid., vol. 30, dec. 13, n. 4, p. 116.

44. *Volontà...*, cit., p. 197, nota 37.

45. *Coram* Pinna, 21 de diciembre de 1957, SRR Dec. vol. 49, dec. 232, n. 2, p. 910; en el mismo sentido *coram* Wynen, 11 de julio de 1936, *ibid.*, vol. 28, dec. 51, p. 481; 29 de abril de 1948, vol. 40, dec. 25, n. 4; *coram* Wynen, 12 de noviembre de 1949, vol. 41, dec. 8, n. 17, p. 511; *coram* Brennan, 26 de enero de 1954, n. 2, vol. 46, p. 62.



documentis prouti prostant erui inequit...»<sup>46</sup>. Este es el criterio más riguroso. En efecto, no parece ser suficiente partir de la presunción de que quienes se reservan la facultad de recurrir al divorcio civil quieren contraer disolublemente como presupone la citada sentencia coram Wynen de 10 de agosto de 1937: «Tales nempe homines putandi sunt intendere sese liberare, in quantum ab ipsis dependet *ab omni vinculo* quo ligantur cum comparte»<sup>47</sup>. Partiendo de que la voluntad de romper el *consortium omnis vitae* es irrelevante, preciso es mostrar que se dio un acto positivo de voluntad de excluir la disolubilidad del matrimonio.

Quizá porque esta presunción de querer un matrimonio disoluble en quienes se reservan la facultad de recurrir al divorcio civil no resulta demasiado fundada, hay sentencias que prefieren darle el alcance de presumir una intención de contraer nuevo matrimonio, como la citada *coram* Massimi de 30 de diciembre de 1927, otra *coram* Grazioli de 23 de febrero de 1932<sup>48</sup>, y otra *coram* Wynen de 12 de noviembre de 1936<sup>49</sup>. Si bien, como señala la citada sentencia *coram* Pecorari de 21 de diciembre de 1937 «intentio enim diserendi non opponitur bono sacramenti, seu vinculo perpetuo, sed bono fidei seu fidelitatis: et intentio violandi obligationem fidelitatis in matrimonio assumptam, validitati matrimonii non

obstat (cfr. Neo Evoracen., coram Prior, 8 februarii 1915, vol. VII, pág. 20; et Lugdunen., coram Prior, 5 iunii 1917, vol. IX, pág. 138). Huic principio aptatur casus, quo quis contraxit matrimonium christianum cum voluntate positiva, vel etiam cum conditione expressa, in pactum vel non deducta, faciendi divortium civile»<sup>50</sup>.

Es curiosa la sentencia coram Parrillo de 10 de diciembre de 1931 que valora de un modo muy peculiar la voluntad de divorciarse *casu eveniente*. No parte, como la primera corriente jurisprudencial, de que la voluntad de divorciarse no excluye la de contraer matrimonio indisoluble, pero considera que la voluntad de divorciarse *casu eveniente*, implica una nueva *voluntas habitualis*, y no el *actus positivus voluntatis* del c. 1086, § 2<sup>51</sup>. En el mismo sentido señala Raoul Naz: «Puisqu'il doit être positif, cet acte de volonté ne peut pas consister en une simple disposition habituelle d'esprit, telle que le goût du libertinage ou la faveur professée pour les *idées modernes* («le divorce n'est pas fait pour les chiens»), ni prendre la forme d'une intention simplement interprétative («si j'avais été dans un pays comme l'Italia où le divorce n'est pas possible, je ne l'aurais pas épousée»), ni consister en un intention générique, même manifestée («je ne marierai jamais pour toujours»)»<sup>52</sup>.

46. Ibid., vol. 29, dec. 25, n. 10, p. 523. En igual sentido *coram* Parrillo, 10 de diciembre de 1931, *ibid.*, vol. 33, dec. 56, n. 2, p. 482; *coram* Fidecicchi, 26 de marzo de 1946, *ibid.*, vol. 38, dec. 17, n. 16, p. 185.

47. Ibid., vol. 31, dec. 40, n. 5, p. 393.

48. Ibid., vol. 24, dec. 8, n. 5, p. 68.

49. Ibid., vol. 18, dec. 70, n. 2, p. 667.

50. Ibid., vol. 29, dec. 87, n. 3, p. 774.

51. «Non sufficit igitur simplex voluntas in contrahente divortii lege utendi, ut concludi illico possit indissolubilitatem fuisse ad normam citati canonis ex-

clusam, nam a positivo voluntatis actu distinguenda est illa animi dispositio sic comparati, ut, cum casu eveniente, quis valeat a coniuge divertere, divortii venia obtenta: talis enim dispositio voluntatem habituales propositum, non vero actuales, vel virtuales, qualis exigitur pro positivo voluntatis actu concludendo relate ad consensum matrimonialem invalide tali modo praestitum». S. R. R. Dec. vol. 23, dec. 56, n. 2, p. 482.

52. *Les empêchements de mariage improprement dits (can. 1081-1103), d'après l'opinion populaire et d'après*

De lo dicho hasta ahora se desprende que la jurisprudencial rotal ha visto en la reserva de recurrir al divorcio civil *si casus ferat tres species facti* diferentes:

1. *Voluntas habitualis tantum solubiliter contrahendi*.

2. *Voluntas actualis vel virtualis solubiliter contrahendi*. Como vimos, al respecto hay dos corrientes jurisprudenciales. Una presume en el católico la voluntad de contraer matrimonio indisoluble, y la otra presume en el católico la voluntad de contraer matrimonio soluble.

3. *Voluntas divortiandi*. Aquí las corrientes jurisprudenciales son tres. Una presume que la voluntad de divorciarse indica la voluntad de faltar a la perpetuidad de la fidelidad. Otra entiende que esa voluntad de faltar a la fidelidad no puede presumirse. Finalmente, una tercera corriente reduce esta *species facti* a la anterior, presuponiendo que la *voluntas divortiandi* es signo de la existencia de una *voluntas actualis vel virtualis solubiliter contrahendi*. Esta última corriente se apoya en el axioma de que no es posible distinguir entre *ius* y *usus iuris* a propósito del *bonum sacramenti*<sup>53</sup>. Sobre esta tercera corriente trataremos en el siguiente apartado.

Por último cabe señalar que hay una concordancia indiscutida en este punto: siempre que se demuestre que se tiene intención de faltar a la perpetuidad de la *fides* o a la perpetuidad del *ius in corpus*, el matrimonio es nulo. En este caso, sin embargo,

el acuerdo nace de que se reduce el *bonum sacramenti* a alguno de los otros dos *bona matrimonii*, contemplados desde el prisma de su duración en el tiempo. También hay una concordancia en este punto: la *voluntas solubiliter contrahendi* anula el matrimonio. Ante esta realidad, cabe preguntarse, ¿por qué considerar el *bonum sacramenti* como un capítulo de nulidad específico? Si el *bonum sacramenti* se identifica con la perpetuidad en el tiempo de la *fides* o del *ius in corpus*, inútil es considerar su exclusión como un *caput nullitatis* distinto, ya que implica necesariamente la lesión de otro bien del matrimonio. Si por exclusión del *bonum sacramenti* se entiende la *voluntas solubiliter contrahendi*, como la más reciente jurisprudencia considera, tampoco es necesario ver allí un *caput nullitatis* específico, pues puede asimilarse a la exclusión del carácter sacramental del matrimonio. En el caso de la exclusión del carácter sacramental del matrimonio, los autores no han buscado un correlato obligatorio. Al respecto resulta interesante observar que los habituales tratados de Derecho matrimonial dedican apretadas páginas a la exclusión del *bonum prolis*, a la exclusión del *bonum fidei* y a la exclusión del *bonum sacramenti*. A continuación, a modo de apéndice, se habla —y muy brevemente— de la exclusión del carácter sacramental del matrimonio, supuesto que no encaja dentro de la teoría de los *bona matrimonii*. ¿Qué es lo que justifica su inclusión junto a los tres *bona*? El hecho de que también anula el matrimonio

la *jurisprudence* de la S. Rote, en "L'Année Canonique" (1952), p. 119.

53. "Die Unterscheidung zwischen Verpflichtungs- und Erfüllungswille —escribe Ulrich Mosiek— ist beim Ausschluss der Unauflöslichkeit nicht möglich. Wer

mit dem Willen, sich wider scheiden zu lassen, die Ehe eingeht, will keine unauflösliche Ehe und überträgt somit auch nicht das *ius perpetuum*", *Kirchliches Eherecht unter Berücksichtigung der nachkonziliaren Rechtslage*, Friburgo-Brisgovia, 1968, p. 193.



la exclusión —independientemente de su correlato obligacional— de la fidelidad o de la ordenación a la prole o la indisolubilidad. La *voluntas solubiliter contrahendi* —a mi entender— anula al matrimonio, no porque se oponga a algún bien del matrimonio, sino porque la voluntad tiende, en este caso, a algo imposible: la celebración de un matrimonio canónico soluble. El acto de la voluntad por el que se tiende a algo imposible constituye la llamada *veleidad*, que no puede ser considerada un acto perfecto de la voluntad —consistente en un *dirigirse a*—, por carecer de término *ad quem*<sup>54</sup>; en consecuencia, no se produce el efecto: en este caso, el matrimonio. La moción de la voluntad queda frustrada, como la de quien intentara diseñar un círculo cuadrado. Lo absurdo sólo puede ser objeto de veleidad, no de volición.

Cuando se excluye el *bonum proles* o el *bonum fidei* o el *bonum sacramenti* —en sí mismos, independientemente de sus correlatos obligacionales— hay que considerar que es el c. 1081 y no el c. 1086, § 2 el que fundamenta la ausencia de consentimiento. Abona esta consideración, en primer lugar, el hecho de que el c. 1086, § 2 en modo alguno se refiere a la exclusión del carácter sacramental del matrimonio, y se admite como señala una sentencia *coram Staffa* de 5 de agosto de 1949, que, dados determinados supuestos, «*exclusa ratione Sacramenti, ipsum quoque matrimonium excluditur*»<sup>55</sup>. En segundo lugar el c. 1086, § 2 exige un

*positivum voluntatis actum*, que no puede entenderse existente por la simple voluntad de recurrir al divorcio, *si casus eveniat*, tanto es así, que pese a haber voluntad de divorcio, puede probarse que hubo ánimo de contraer indisolublemente. Finalmente, el c. 1086, § 2 se refiere evidentemente a los correlatos obligacionales; y no hay por qué entender que un mismo precepto rijan además de esta cuestión otros supuestos diferentes. Hay que separar el supuesto de exclusión de los correlatos obligacionales de los *bona matrimonii* del supuesto de veleidad, que puede referirse a la exclusión de un bien del matrimonio, independientemente de su correlato obligacional, pero también a otros casos, como sucede en la exclusión del carácter sacramental del matrimonio.

Excluido el supuesto de veleidad del ámbito propio del c. 1086, § 2, resta por averiguar a qué apunta ese canon cuando se refiere a la exclusión de la indisolubilidad. Si admitimos con Sánchez que la cohabitación es parte esencial del consentimiento matrimonial, la respuesta no tiene dificultad: entonces ése es el correlato obligacional del *bonum sacramenti*. Pero tal afirmación exige dar respuesta a una posible objeción fundamentada en el axioma de que respecto al *bonum sacramenti* no es posible distinguir entre *ius* y *usus iuris*.

4. La imposibilidad de distinguir, a propósito del *bonum sacramenti*, entre *ius* y

54. SANTO TOMÁS, S. Th., I-II, q. 13, a. 5, ad 3 y III, q. 21, a. 4 c.

55. S. R. R. Dec. vol. 41, dec. 76, n. 6, p. 469, vid. también *coram Cattani*, 1 de marzo de 1933, *ibid.* vol. 5, n. 19, p. 193; BERNÁRDEZ CANTÓN, *Curso de Derecho matrimonial canónico*, 2.ª ed., Madrid, 1969, p. 251;

GASPARRI, *Tractatus...*, cit., n. 837, p. 46; BILLOT, *De Ecclesia sacramentis*, Roma, 1932, vol. 1, p. 184; CAPPELLO, *De matrimonio*, 6.ª ed., Roma, n. 598, p. 575; MANS PUIGARNAU, *El consentimiento matrimonial*, Barcelona, 1956, p. 169.

*exercitium iuris* tiene su fundamento en este pasaje de Santo Tomás, de claridad meridiana: «Fides et proles possunt dupliciter considerari. Uno modo in se ipsis et sic pertinent ad usum matrimonii, per quem et proles suscipitur et pactio coniugalit servatur (servare fidem). Sed indivisibilitas, quam sacramentum importat, pertinet ad ipsum matrimonium secundum se; quia ex hoc ipso quod per pactionem singularem sui potestatem sibi invicem in perpetuum coniuges tradunt, sequitur quod separari non possint, et inde est, quod matrimonium numquam invenitur sine inseparabilitate, invenitur autem sine fide et prole, quia esse rei non dependet ab usu suo. Alio modo possunt considerari fides et proles, secundum quod in suis principiis, ut pro prole accipiatur intentio prolis, et pro fide debitum servandi fidem, sine quibus etiam matrimonium esse non potest; quia haec in matrimonio ex ipsa pactione coniugali causantur; ita quod si aliquid contrarium huiusmodi expremere, in consensu, qui matrimonium facit, non esset matrimonium, et sic accipiendo fidem et prolem, proles est essentialissimum et secundo fides»<sup>56</sup>. En efecto, imposible es distinguir en el caso de la indisolubilidad entre *ius* y *exercitium iuris*, y ello es debido a que la indisolubilidad se predica del matrimonio mismo, en cambio, la fidelidad se predica de los cónyuges. Son los cónyuges, y no el matrimonio, quienes son fieles o infieles, sin que pueda decirse que un cónyuge sea o no indisoluble. También son los cónyuges

los que son prolíficos, estériles o impotentes. El matrimonio, en cuanto tal, no es fecundo ni estéril; se puede hablar de un matrimonio infecundo o fecundo sólo en el sentido de que lo sean o no sus componentes. En consecuencia, considerando los bienes del matrimonio según sus principios, no se puede entender que la indisolubilidad sea ejercitada; en cambio, la *fides* y la ordenación a la prole sí que son puestas en práctica. Ahora bien, de ahí no puede concluirse que el *bonum sacramenti* carezca de correlato obligacional alguno. Un ejemplo análogo lo puede hacer ver con claridad. Alguien puede estar adornado de una serie de bienes —ser inteligente, ser médico, ser español, etc.—, y si bien puede ejercitar su inteligencia y su condición de médico, en modo alguno puede ejercer su condición de español en sí misma considerada, pero ello no quiere decir que a su condición de español no correspondan, junto a unos derechos ejercitables, unas obligaciones específicas, que deben ser cumplidas.

Son abundantes las sentencias rotales que —como la que comentamos— invocan el axioma de la imposibilidad de distinguir entre *ius* y *usus iuris*<sup>57</sup>, respecto al *bonum sacramenti*, como fundamento de que es suficiente probar la voluntad de divorciarse *si casus ferat*, para declarar la nulidad del matrimonio. A este razonamiento podemos oponer una objeción que Sánchez —presuponiendo un interlocutor adicto a la corriente jurisprudencial que no presume la *volun-*

56. In IV *Sententiarum Disputationes*, disp. 31, q. 1, a. 30, vid. también Suppl. q. 49, a. 3.

57. Sobre el alcance de esta distinción en la jurisprudencia rotal y en la doctrina vid. MARIANO LÓPEZ ALARCÓN, *El "ius radicale" y el "ius expeditum" en la simulación parcial del matrimonio*, en IUS CANONI-

CUM, 7 (1967), pp. 245-262 y HEINRICH FLATTEN, *Gilt bei c. 1086, § 2 heute nach die Unterscheidung von Nichtverpflichtungswillen und Nichterfüllungswillen?*, en "Österreichisches Archiv für Kirchenrecht", 13 (1962), pp. 257-280.



*tas solubiliter contrahendi*— se hace a sí mismo: «Sed, dices, si quis contrahat, animo se obligandi ad vinculum indissolubile, verum esse matrimonium, licet intendat postea dimittere uxorem non habitando cum ea, ergo frustra constituitur haec differentia»<sup>58</sup>. Sánchez contesta aceptando que el que se casa con ánimo de contraer matrimonio indisoluble casado queda, aunque tenga intención de abandonar posteriormente a su mujer. Concede que pueda distinguirse entre ánimo de obligarse a cohabitar y cohabitación efectiva; no obstante lo cual puntualiza que esa efectiva cohabitación no pertenece a la esencia del *bonum sacramenti*, pues no constituye una ejecución de la indisolubilidad, la indisolubilidad se da necesariamente, aunque no haya cohabitación; en cambio, la fidelidad y la ordenación a la prole pueden faltar en cuanto a la ejecución. «Respondetur —se contesta a sí mismo Sánchez— ad bonum sacramenti minime pertinere, non separari ab uxore quoad torum (en algunas ediciones se lee totum) sed tantum, ut vinculum sit indissolubile: ad bonum autem fidei, et prolis pertinere, non tantum obligationem ad ea servanda sed etiam ipsorum exequutionem: unde recte dicit D. Th. bonum sacramenti semper esse de essentia: non vero alia bona: et in hoc versatur differentia»<sup>59</sup>. Para probar que se ha excluido el *bonum sacramenti*, es necesario probar, según Sánchez, que no hubo ánimo de obligarse a cohabitar; no basta probar que se excluyó la cohabitación efectiva. Lo cual no impide que

no admita distinción entre *ius* y *usus iuris* respecto al *bonum sacramenti*.

Estas apreciaciones tienen importancia para valorar la voluntad de solicitar el divorcio civil, *si casus eveniat*. Tal voluntad puede llevar consigo voluntad de obligarse, unida a la voluntad del incumplimiento de la obligación; o bien, puede llevar consigo la voluntad de no obligarse. El axioma de la imposibilidad de distinguir entre *ius* y *usus iuris* en modo alguno se opone a la posibilidad de distinguir entre *voluntad de no obligarse a cohabitar* y *voluntad de no cohabitar*, ni tampoco fundamenta que baste demostrar la voluntad de no cohabitar, *si casus eveniat*, para suponer la exclusión del *bonum sacramenti*.

5. El jurista podrá encuadrar el consentimiento en esquemas legales o jurisprudenciales, y sobre todo señalar su relevancia en los actos jurídicos, pero el consentimiento *quo talis* es un tema filosófico. De ahí que tanto la teología moral, como el Derecho penal, como el Derecho matrimonial canónico necesitan partir de una concepción filosófica previa sobre el consentimiento, lo cual —y en base a criterios al margen de la teología, de la ciencia jurídica penal o canónica— condiciona las conclusiones de estas ciencias relativas al consentimiento. La filosofía escolástica en este punto como en muchos otros fundamenta la teoría canónica sobre el consentimiento. Pues bien, por *voluntario positivo* —ése es a mi modo de ver el significado técnico preciso que da el c. 1086, § 2 a la expresión *positivo voluntatis actu*<sup>60</sup>— hay que entender aquel que

59. Ibid., l. c.

diferencia a la que se refiere es la posibilidad de distinguir entre *ius* y *usus iuris* a propósito del *bonum sacramenti*.

59. Ibid., l. c.

60. Esta expresión, según asegura HANS ARMBRUSTER, fue usada por primera vez en una sentencia de 17 de abril de 1915 (cfr. SRR Dec. vol. 7, n. 10, p. 170), y

se encamina directamente a algo, pudiendo consistir tanto en una *volición* como en una *nolición* —en un querer que sí o querer que no—, y se contrapone al voluntario negativo, que no consiste en la ausencia de acto volitivo, sino en una omisión que tiene su causa o su ocasión en un acto positivo de la voluntad; la omisión, sin embargo, no es directamente querida ni *nolida*. Tanto la volición, como la nolición como la omisión son voluntarias; en cambio, la *veleidad* —por la que la voluntad tiende a lo imposible—, aunque procede de la voluntad, no constituye un acto voluntario, porque carece de término *ad quem*. Pese a la actividad volitiva, la voluntad *no se dirige a*, en lo cual consiste el acto voluntario. Y sólo en cuanto consiste en un movimiento de la voluntad, carente de término *ad quem*, puede hablarse de *voluntario imperfecto*. Hay que señalar, pues, tres tipos de voluntario ilícito —la volición, la nolición y la omisión— un voluntario imperfecto —la veleidad— y la ausencia de actividad en la voluntad: el no voluntario.

Además del voluntario ilícito —el acto interno de la voluntad— también se llama voluntario el efecto extrínseco seguido como consecuencia y puesta en práctica del voluntario ilícito. Según esta acepción cabe distinguir los siguientes tipos de voluntario: acción u omisión voluntaria, acción u omisión involuntaria y acción u omisión no voluntaria. Mientras lo voluntario es lo que es conforme con la voluntad, lo involuntario es lo que repugna a ésta, siendo lo no voluntario lo que no tiene razón de confor-

midad ni de disconformidad con la voluntad. Distinto del voluntario, en cuanto efecto extrínseco, es el *volitum*, lo querido; es decir, el objeto de la volición, distinto de lo que de hecho depende en su existencia de la voluntad. En efecto, nunca hay una perfecta correspondencia entre aquello que se quiere y lo que de hecho la voluntad produce.

Hechas estas puntualizaciones preliminares, cabe señalar que cuando quien quiere contraer matrimonio excluye o la indisolubilidad o la sacramentalidad o la fidelidad o la *ordinatio ad prolem* —independientemente de sus correlatos obligacionales— no realiza simulación parcial, la cual, como señala el c. 1086, § 2, exige un *actum positivum voluntatis*. Su consentimiento no tiene por término el matrimonio y en consecuencia éste no se produce. El matrimonio es nulo por defecto de consentimiento a tenor del c. 1081.

Respecto a la indisolubilidad cabe señalar tres hipótesis: a) que el contrayente sepa que el matrimonio es indisoluble; b) que el contrayente dude de si es disoluble o no; c) que el contrayente tenga la certeza de que es disoluble, incurriendo por tanto en error. A esta última hipótesis se refiere la sentencia que comentamos: «Iuvat haec principia hodie recolare, cum non desint, proh dolor!, etiam inter catholicos, qui autumant indissolubilitatem matrimonii seu vinculi perpetuitatem non esse de essentia coniugii eamque non tanquam normam a Deo statutam et a iuris naturalis dictamine suggestam habent»<sup>61</sup>.

carece de tradición jurisprudencial. Anteriormente se hablaba de *conditio* o *pactum*, *Der Ehewille evan-*

*gelischer Christen im Lichte des kanonischen Prinzips der Unauflöslichkeit der Ehe*, Munich, 1955, p. 83. 61. In iure 6.



Pues bien, en el primer caso, si a pesar de todo el contrayente quiere contraer matrimonio disoluble, su consentimiento es una mera veleidad; es un quisiera, no un quiero. En el segundo caso, es posible el establecimiento de una condición de futuro —a la que alude el c. 1092, n.º 2—, por ejemplo: consiento en casarme, si hechas las oportunas indagaciones la duda se despeja en favor de la disolubilidad del matrimonio. Tal condición es evidentemente contra la sustancia del matrimonio, no reducible a la *species facti* contemplada en el c. 1086, § 2. La condición contra la sustancia del matrimonio, como toda condición, se basa en la existencia de una incógnita, por fácil de despejar que esta sea<sup>62</sup>.

El tercer caso es el previsto en el c. 1084: «el simple error acerca de la nulidad, de la indisolubilidad o de la dignidad sacramental del matrimonio no vicia el consentimiento matrimonial, aunque dicho error sea causa de contrato». En efecto, acabamos de ver cómo por indisolubilidad puede entenderse cosas diferentes. No tendría sentido que por sostener al respecto una opinión equivocada no pudiese alguien contraer matrimonio. Hay, sin embargo, que distinguir entre el error concomitante, que ningún influjo tiene en la voluntad y que Wernz-Vidal denomina *error theoreticus*<sup>63</sup>, del error *causam*

*dans*. Como señala Armbruster, «der begleitende Irrtum hat keine eheschädigende Wirkung. Der Irrtum im Beweggrund kann jedoch, was im Einzelfall nachzuweisen ist, die Grenze zum Wesensirrtum (c. 1082, § 1) wie auch zum Ausschlusswillen (c. 1086, § 2) überschreiten. In dieser Hinsicht, vor allem unter Berücksichtigung des Axioms, «Nihil volitum quin praecognitum», wird c. 1084 immer problematisch bleiben»<sup>64</sup>. No parece que pueda abandonarse tan fácilmente el antiguo criterio de la S. C. del Santo Oficio, según el cual, en un ambiente y país de leyes divorcistas hay que presumir que, al menos los no católicos, quieren contraer disolublemente.

Finalmente, la simulación parcial, consiste, no en una veleidad —volición de algo imposible—, sino en la volición de algo posible, pero que no es matrimonio —el cual es involuntario—, pese a lo cual el consentimiento prestado se presenta como consentimiento matrimonial. Hay en este caso un *actus positivus voluntatis* y no una mera veleidad. No parece, en cambio, admisible configurar la simulación parcial —como proponen los seguidores del dogma de la voluntad— por la existencia de dos voluntades que se neutralizan, pues como dice Graziani «questa coesistenza di due volizioni opposte appare una vera e propria mon-

62. Antiguamente se ponía la diferencia entre la condición y la simulación parcial en que la primera entrañaba bilateralidad, a diferencia de la segunda. Después de la publicación del Código, todavía sostuvo ese punto de vista F. TRIEB, *Handbuch des kanonischen Eherechts*, Breslau, 1925, p. 519; pero hoy día ya nadie lo sostiene. Se ha preocupado por elaborar nuevos criterios de distinción NICOLAUS HILLING, *Der innere Vorbehalt und die geheime Bedingung gegen das Wesen der Ehe*, en «Archiv für katholisches Kirchenrecht», 123 (1948), p. 442 y ss.; DINO STAFFA, *De actu positivo voluntatis quo bonum essentielle ma-*

*trimonii excluditur*, en «Monitor Ecclesiasticus» 62 (1949), pp. 164 y ss.; *De conditione contra matrimonii substantiam*, 2.ª ed., Roma, 1955, pp. 31 y ss.; ORIO GIACCHI, *Il consenso...*, cit., p. 332 y ss. Como señala HANS ARMBRUSTER, la delimitación conceptual entre error, condición y exclusión no presente dificultades desde un punto de vista teórico, pero en cambio resulta muy problemático desde un punto de vista práctico, *Der Ehewille...*, cit., p. 87.

63. *Ius Canonicum*, vol. 5, 3.ª ed., Roma, 1946, n. 518, p. 657.

64. *Der Ehewille...*, cit., p. 79.

struosità psicologica, addidittura inconcepibile»<sup>65</sup>. Como dice Bernárdez Cantón, en la simulación parcial «la disconformidad se produce entre la voluntad y la ordenación institucional del matrimonio»<sup>66</sup>.

6. Pasando ya a valorar la conexión que entre *bonum sacramenti*, consentimiento y figura jurídica se da en la sentencia que comentamos, cabe hacer las siguientes observaciones:

a) No se entiende en este caso por *indisolubilidad* la simple exclusión de la nuda propiedad esencial, tal como entendió por ejemplo la citada sentencia coram Manucci, sino que se entiende por exclusión de la insolubilidad la exclusión de la obligación de cohabitar perpetuamente. Eso es al menos lo único que aparece probado en el *in factis*; viene además fundamentado en el *in iure*, cuando se razona<sup>67</sup> que no es posible separar la cuestión de la exclusión de la perpetuidad de la exclusión de la *communio vitae*.

Compartiendo plenamente este punto de vista, considero, sin embargo, importante que en las sentencias que tratan de la exclusión de un *bonum*, la sentencia no se limite a señalar en qué *bonum matrimonii* se encuadra el *caput nullitatis*, sino que sobre todo se señale con la mayor claridad posible cuál es el correlato obligacional que se considera lesionado. En el caso del *bonum prolis* —por ejemplo— los correlatos obligacionales que la jurisprudencia señala son abundantes: débito conyugal, métodos anticonceptivos, prácticas abortivas, etc. Se

excluye, en cambio, la educación católica de la prole. En el *bonum sacramenti* la jurisprudencia podría señalar con mayor precisión cuál es el contenido obligacional correspondiente al *bonum sacramenti*. «La cohabitación no puede reducirse —escribe De la Hera— a la idea de la comunidad de mesa, lecho y habitación; ha de ser en cambio entendida como expresión de la comunidad de cooperación exterior necesaria para tender a los fines del matrimonio»<sup>68</sup>. En cualquier caso la tripartición —lecho, mesa y habitación— está pensada para establecer grados en la separación conyugal; pero a la hora de la exclusión del *ius cohabitationis* en el matrimonio *in fieri* no interesa tal gradatoria, sino los diversos contenidos obligacionales del *ius cohabitationis* que pueden viciar el consentimiento. Esta ausencia de una especificación del correlato obligacional del *bonum sacramenti* es lo que explica sentencias como las anteriormente señaladas que sólo tienen en cuenta la reserva de recurrir al divorcio civil en cuanto opuesta a la *fides*.

b) Respecto al consentimiento, en la sentencia que comentamos puede formularse el siguiente dilema. O bien al *bonum sacramenti* corresponde un correlato obligacional específico distinto de la perpetuidad —este criterio parece apoyar la sentencia— y en tal caso hay que distinguir entre *animus non se obligandi* y *animus non adimplendi*, probando que se dio el primero; o bien se entiende que el *bonum sacramenti* no es más que la perpetuidad de la *fides*, en cuyo caso no es suficiente probar que el

65. *Volontà...*, cit., p. 163.

66. *Curso de Derecho Matrimonial canónico*, cit., p. 230.

67. N. 6.

68. *Relevancia...*, cit., p. 181.



varón se reservó la facultad de recurrir al divorcio cuando el matrimonio fuese mal, pues el divorcio no rompe la *fides*, a no ser que se solicite con ánimo de establecer otra unión.

c) Nos hallamos ante un caso de simulación parcial, como se ha dado en llamar; figura jurídica claramente fijada que, como Fedele señala, no es propiamente una simulación, al menos tal como la entiende la doctrina civilística<sup>69</sup>, si bien tampoco parece que le sea aplicable la denominación de *reserva mental* que Fedele propone, ya que con esta expresión —acuñada en la teología moral— se entiende un acto del entendi-

miento y no de la voluntad. La expresión paralela *Vorbehalt* (reserva), empleada por la doctrina alemana para referirse al c. 1086, § 2, tampoco hace referencia al entendimiento.

Désele el nombre que se le dé esta figura jurídica es claramente distinguible de la *veleidad*, en la que el contrayente otorga su consentimiento a algo imposible: la celebración de un matrimonio canónico disoluble. Habría que distinguir dos figuras jurídicas distintas relativas al *bonum sacramenti*: exclusión de la obligación de cohabitar y veleidad de contraer matrimonio canónico disoluble.

69. *Contributi alla teoria canonistica dei vizi del consenso matrimoniale*, Florencia, 1940, p. 6.

